Der strafbare Betrug im Sinne des § 263 St.G.B. bei mangelnder Identität der getäuschten und der geschädigten Person

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Georg Schindler
Gerichtsreferendar

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Gretener

1929

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Gretener

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Einteilung.

§ 1. Betrug beim Mangel absoluter Identität der getäuschten und der geschädigten Person 1
§ 2. Die Vermögensverfügung beim strafbaren Betrüge 6
§ 3. Die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 St. G. B. 10
§ 4. Das Verhältnis von Vermögensvorteil zu Vermögensschaden 26
§ 5. Die Täuschungshandlung als Haupthandlung beim strafbaren Betruge 29
§ 6. Die Bedeutung der Einwirkung auf den Willen einer Person beim Betruge für die Frage der Notwendigkeit der Identität der getäuschten und der geschädigten Person 30
§ 7. Das Verhältnis zwischen Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft 31

Literaturverzeichnis.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil 1. Band 1902. zit. Binding Lb. 1.

— Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, II. Bd. Bes. Teil, 1. Hälfte 1907, zit. Binding Grundriß.

— Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. 1914/1916. zit. Binding Normen.

Birkmeyer: Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Römisch-rechtliche Quellenstudie, Erlangen 1879.

Dörr: Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, München 1897.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1925.

Eckstein: Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betruge. Archiv für Strafrecht und Strafprozeß begründet durch Dr. Goltdammer, Band 58, S. 66 ff., zit. Eckstein Goltd. Arch.

Frank: Das Reichs-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1926.

Galli: Zu R. G. St. Band 49, Heft 1 in D. J. Z. 1916, S. 497.

Goltdammer: Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, II. Teil 1852.

Grycieckі: Studien über den strafbaren Betrug Lemberg 1870.

Hälschner: Gemeines deutsches Strafrecht, Band II, 1887.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung in Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Bes. Teil, Band 6, S. 183 ff. zit. Harburger V. D. B. 6.

Hegler: Betrug §§ 263—265 R. St. G. B. in Vergleichende Darstellung. Bes. Teil, Band 7, S. 405 ff. zit. Hegler V. D. B. 7.

Herberger: Die Abgrenzung des Betruges vom Diebstahl vermittels Täuschung eines Dritten auf Grund des begrifflichen Gegensatzes der Delikte und die sich daraus ergebenden Folgen für die Lehre vom Diebstahl. Diss. Breslau 1917.

Hitzig: Zeitschrift für die Kriminalrechtspflege in den Preußischen Staaten, I Suppl., Band 1835.

Jacobowitz: Vermögen, Vermögensbeschädigung und Vermögensdisposition beim Betruge. Diss. Münster 1918.

Jehle: Der rechtswidrige Vermögensvorteil, Diss. Tübingen, 1905.
Kollmann: Die Lehre von der Erpressung nach Deutschem Recht in Abh. des Kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge, 6. Band, Heft 3, 1910.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl. 1928.
Lauterburg: Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihrer Hauptformen in Zeitschrift für Schweizer-Strafrecht, herausgegebenvon Karl Stoß, 6. Jahrgang, Heft 3.
Lucas: Strafrechtliche Praxis, 2. Teil, 3. Aufl., 1912.
Merkel A.: In Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von Holtzendorff 1871/77, III. Band 1874, zit. Merkel H. H. III.
— Kriminalistische Abhandlungen, II. Band, die Lehre vom strafbaren Betruge, 1. Abt. 1867, zit. Merkel, Abh. II.
Neumann: In Schönberg's Handbuch der politischen Oekonomie 4. Aufl., 1896, Band 1.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1916 und 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.
Rimpau: Ueber die Strafbarkeit des Betruges nach geltendem Recht beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten, Diss. Tübingen 1892.
Rotering: Aus der Lehre vom Betruge in Gerichtssaal, Band 67, S. 186 ff.
— Zeit und Streitfragen VI. Betrug in Goltd. Arch., Band 47, S. 416 ff.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1879.
Schumann: Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263,43 St. G. B. bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getäuschten in von Lilienthal, Heft 138, 1911.
Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar 1914.
Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes. I. Leg. Per. Sess. 1870. III. Bd.
Temme: Die Lehre vom Betruge nach Preuß. Recht, 1841.
Weber: Die Vermögensbeschädigung beim Betruge. Diss. Greifswald, 1909.

§ 1.

Betrug beim Mangel absoluter Identität der getäuschten und der geschädigten Person.

Wegen Betruges wird gemäß § 263 St. G. B. bestraft, wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält.

Der Tatbestand des vollendeten Betruges erfordert danach, daß durch die Täuschung und den hierdurch erregten Irrtum das Vermögen eines anderen als des Täuschenden beschädigt worden sei. Die Fassung des Gesetzes bringt jedoch nicht klar zum Ausdruck, welcher Vorgang die Verbindung zwischen dem Irrtum des Getäuschten und dem Eintritt des Vermögensschadens bilden muß. Es ist der Natur der Sache nach undenkbar, daß der Irrtum, als ein innerer Vorgang in der Seele des Getäuschten, unmittelbar auf das Vermögen einer Person einzuwirken vermag. Ungeschriebenes Merkmal des Betruges ist vielmehr, daß zwischen Irrtum und Vermögensbeschädigung eine Verfügung des Getäuschten tritt, die den ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden herstellt.[1] Nicht beantwortet ist im Gesetz die weitere, sich hierzu knüpfende Frage, ob die durch den Irrtum veranlaßte Vermögensverfügung des Getäuschten notwendig dessen eigenes Vermögen betreffen muß, mit andern Worten, ob Identität der getäuschten und der geschätigten Person erforderlich ist oder ob es genügt, daß die Verfügung des Getäuschten das Vermögen einer dritten Person beschädigt.

Die Fassung des Gesetzes, daß „ein anderer" in seinem Vermögen beschädigt sein muß, läßt zwangslos auch den Fall darunter begreifen, daß der Vermögensschaden auch bei einer anderen Person als beim Getäuschten eintreten kann.

Gegen eine solche erweiternde Auslegung spricht allerdings, daß Strafgesetze im allgemeinen einschränkend auszulegen sind, falls nicht besondere Gründe eine andere Auslegung erheischen.[2]

---

1) vgl. Olshausen § 263 Nr. 27; Frank § 263 IV; Merkel H.H. 3, 763; RGSt. 16, 1, 47, 151; insbesondere 49, 16; a. A. Lucas 335.

Beachtlich ist auch, daß § 263 St. G. B. ausdrücklich den Fall erwähnt, daß der Betrüger die Vermögensbeschädigung in der Absicht herbeiführt, einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, während der Fall, daß der Getäuschte auf Grund des in ihm vom Täter erregten Irrtums in fremdes Vermögen eingreift, wenigstens expressis verbis, nicht vorgesehen ist.

Da der Wortlaut des Gesetzes somit hinsichtlich der Frage, ob die Anwendbarkeit der Betrugsstrafbestimmung Personengleichheit der getäuschten und geschädigten Person voraussetzt, nicht zu völliger Klarheit führt, empfiehlt es sich, zur Auslegung die Entstehungsgeschichte des Betrugsparagraphen heranzuziehen.

Aus dem stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes erhellt, daß man bei der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuches kein ganz neues, von den bestehenden Gesetzbüchern völlig unabhängiges Gesetz schaffen wollte, sondern daß man den Weg gewählt hat, ein Gesetz im Anschluß und Weiterausbau eines bereits bestehenden zu bilden. Als das für diesen Zweck am meisten geeignete wurde das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 ausgewählt.[3]

So wie das Reichsstrafgesetzbuch im allgemeinen, beruht im besonderen auch der Wortlaut des § 263 auf dem preuß. Strafgesetzbuch, dessen § 241[4] mit nur geringfügigen Aenderungen in das Reichsstrafgesetzbuch übergegangen ist. Für die Auslegung des geltenden Strafgesetzbuches erscheint es demnach für zulässig, auf Text und Entstehungsgeschichte des Preuß. St. G. B. zurückzugreifen, zumal eine weitere Motivierung für die Fassung des § 263 St. G. B. nicht erfolgt ist, sodaß hier das Pr. St. G. und seine Entstehungsgeschichte als einzige historische Quelle für die Auslegung in Betracht kommt.

Bezüglich der Frage, ob Getäuschter und Geschädigter beim Betruge notwendig identisch sein müssen, bildete § 241 Pr. St. G. B. den Abschluß eines seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts nicht zur Ruhe gekommenen Streites. Schon 1835 wurden Stimmen laut, die im Anschluß an den Wortlaut des

2) Hitzig I Supp, 1. Bd. S. 209, Rimpau S. 8/ 9.
3) Stenographischer Bericht 1870, Bd. III S. 27.
4) „Wer in gewinnsüchtiger Absicht des Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht Betrug.

§ 1256, Teil II, Titel 20 A. L. R., wo „jede vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand in seinem Rechte gekränkt werden soll," als Betrug mit Strafe bedroht war, aus der unbestimmten Fassung des Wortes „jemand" und dem Sprachgebrauch, der auch denjenigen einen Betrüger nenne, der den A täusche, um den B zu beschädigen, schlossen, daß der Betrug eine Identität der getäuschten und der in ihrem Vermögen geschädigten Person nicht erheische.[5]

Als weiterer Beleg für diese Auffassung wurden Fälle herangezogen, die das Gesetzbuch trotz Verschiedenheit der getäuschten und der geschädigten Person dem Betrugsbegriffe subsumiere, wie z. B. Betrug durch Täuschung des Prozeßrichters.[6]

Es fehlte demgegenüber jedoch in der Wissenschaft auch nicht an Stimmen, die es als Wesensmerkmal des Betruges auffaßten, daß der Getäuschte in dem durch die Täuschungshandlung irregeleiteten Willen sein eigenes Vermögen beschädigen müsse. Ein zwingender Grund für die Notwendigkeit der Identität der getäuschten und der geschädigten Person findet sich jedoch nirgends angegeben. Temme[7] meint, er könne sich einen eigentlichen, im gewöhnlichen Leben sogenannten Betrugsfall garnicht denken, in welchem der Betrogene nicht auch zugleich der Getäuschte sein sollte. Den sich aus dieser Ansicht ergebenden Schwierigkeiten sucht er bei der Besprechung praktischer Fälle, in denen offenbar der Getäuschte und der Geschädigte verschiedene Personen sind, die er aber dennoch aus praktischen Rücksichten unter den Betrugsparagraphen zieht, dadurch zu begegnen, daß er zu der Fiktion greift, daß der Geschädigte in dem Getäuschten wenigstens mittelbar getäuscht sei.[8] So sei z. B. der Eigentümer einer Sache mittelbar getäuscht, wenn der Täter auf Grund eines gestohlenen Pfandzettels gegen Erlegung des Pfandgeldes den Pfandleiher zur Herausgabe des bei weitem wertvolleren Pfandstückes veranlasse.

Auch die Gesetzgebung in den Partikularstaaten war beherrscht von dem Gedanken, daß der Betrug nur denkbar sei, wenn der Getäuschte zugleich auch der Geschädigte sei. So hatte das Erfordernis der Personengleichheit ausdrücklich Auf-

5) Hitzig a. a. O.
6) § 740 Teil I Titel 11 A.L.R., weitere Fälle in §§ 388, 389 Teil I Titel 20, §§ 2001, 2002 Teil I Titel 8 A.L.R.
7) Temme S. 89, 90.
8) Temme S. 132.

nahme gefunden im Württembergischen Strafgesetzbuch in Art. 351,[9] im Braunschweigischen in Art. 224,[10] im Thüringischen in Art. 236,[11] im Sächsischen in Art. 284.[12] Indirekt wurde Personengleichheit gefordert im Bayrischen Strafgesetzbuch in den Art. 256/257, im Badischen in den Art. 450/451. Unter dem Einfluß der damals herrschenden Lehre stand auch noch der Preußische Entwurf von 1845, der in § 289 denjenigen mit Strafe bedrohte, der vorsätzlich einem anderen dadurch Schaden zufügt, daß er ihn . . . . in Irrtum versetzt.

Veranlassung[13] für die in § 241 des Pr.St.G.B. Gesetz gewordene Fassung: „Wer . . . das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er . . . einen Irrtum erregt", ist der Entwurf der rheinischen Juristen vom Jahre 1847 geworden, der durch die klare Fassung, daß der Irrtum „zum Schaden des Getäuschten oder eines Dritten" bewirkt sein müsse, sich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellt.

Wenngleich man es auch bei der Abfassung des Pr.St.G.B. vermieden hat, in der von den rheinischen Juristen vorgeschlagenen Weise eindeutig zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, so hat man doch bewußt, wie ausdrücklich in der Staatsratskommission hervorgehoben wurde,[14] die Möglichkeit offen gelassen, dem zitierten Wortlaut des Gesetzes auch solche Fälle zu subsumieren, in denen der Getäuschte und der in seinem Vermögen Geschädigte verschiedene Personen sind.

Die Entstehungsgeschichte des § 263 St.G.B. bietet somit für eine Auslegung in dem Sinne, daß der Geschädigte immer zugleich auch der Getäuschte sein müsse, keinen Anhalt. Ebensowenig folgt die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung aus dem Wesen des Betruges als eines Deliktes, durch welches der Täter unter Mißbrauch des durch Täuschung irregeleiteten Willens einer an sich willensfreien Person fremdes Vermögen in der Absicht rechtswidriger Bereicherung beschädigt. Die Forderung, daß Getäuschter und Geschädigter beim Betruge identisch sein müssen, wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn die

---

9) Wer zum Nachteil der Rechte eines anderen wissentlich falsche Tatsachen für wahr ausgibt . . . und dadurch den anderen in Schaden bringt . . .

10) Wer den Irrtum eines anderen rechtswidrig veranlaßt . . ., um demselben einen Vermögensschaden zuzufügen . . .

11) ebenso wie zu 10).

12) Wer durch Täuschung . . . sich oder anderen zum Nachteil des Getäuschten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil evrschafft . . .

13) vgl. Materialien zum St.G.B. für die Pr. Staaten, Goltdammer II zu § 241 Nr. 8.

14) Goltdammer a. a. O.

Irrtumserregung neben dem Vermögensschaden des Geschädigten ein mit Strafe bedrohter Teilzweck des verbrecherischen Angriffs wäre, woraus möglicherweise geschlossen werden könnte, daß gerade das Erkenntnisvermögen des Geschädigten einem besonderen Schutze unterstellt sei. § 263 St.G.B. bietet jedoch hierfür keinerlei Anhalt. Die Täuschung erscheint hier vielmehr lediglich als das charakteristische Mittel, durch welches die Vermögensbeschädigung bewirkt wird. Keineswegs aber kommt dem Erkenntnisvermögen des Getäuschten die Bedeutung eines selbständig zu schützenden Rechtsgutes zu, dessen Verletzung neben der Vermögensbeschädigung strafrechtliche Bedeutung hat. Es kann deshalb nicht maßgeblich darauf ankommen, ob der Vermögensschaden, sofern er nur überhaupt durch das dem Betruge eigentümliche Merkmal der Täuschung herbeigeführt ist, auf dem Irrtum des Getäuschten oder dem einer anderen Person beruht, wenn nur der Irrtum des Getäuschten für den Vermögensschaden ursächlich gewesen ist.

Dem Standpunkt Schützes,[15] der in dem Streite, ob beim Betruge Getäuschter und Geschädigter verschiedene Personen sein können, eine vermittelnde Stellung einnimmt, indem er zwar verlangt, daß der Getäuschte immer zugleich auch geschädigt sein müsse, als Schaden des Getäuschten aber auch den Schaden ansieht, den dieser dadurch erleide, daß er durch seine Vermögensverfügung einem Dritten gegenüber ersatzpflichtig werde, wie dies beim negotiorum gestor, beim Mandator, Depositar und anderen gegenüber dem dominus negotii, Mandanten u.s.w. der Fall sei, kann nicht beigepflichtet werden. Die von Schütze vorgeschlagene Lösung würde schon insofern nicht befriedigen, als für eine Bestrafung wegen Betruges kein Raum wäre, wo dem Getäuschten kein Verschulden zur Last fällt, das ihn gegenüber dem geschädigten Vermögensherrn ersatzpflichtig machen könnte. Gerade in diesen Fällen, wo der Täter mit besonderer List zu Werke geht, ist aber ein Bedürfnis strafrechtlichen Schutzes gegeben.

Im übrigen ist zu beachten, daß in den von Schütze angeführten Fällen die Ersatzpflicht des Getäuschten immer erst den Schaden eines anderen voraussetzt, der dadurch nicht beseitigt wird, daß der Geschädigte die Möglichkeit hat, den Schaden von sich abzuwälzen. Für den objektiven Tatbestand

15) Schütze S. 472 A. 10.

des § 263 St.G.B. genügt es aber, daß ein Vermögensschaden ursächlich durch die Täuschungshandlung herbeigeführt wird. In den angeführten Fällen ist der Täter also nicht deswegen strafbar, weil seine Handlung den Getäuschten zu einem Verhalten veranlaßt, das ihn gegenüber einem Dritten für den daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig macht, und ihn dadurch mittelbar schädigt, sondern deshalb, weil die Täuschungshandlung den Schaden, den der Dritte durch die Vermögensverfügung des Getäuschten erleidet, ursächlich herbeiführt.

Schrifttum und Rechtsprechung[16] haben sich deshalb mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß der Mangel der Identität der getäuschten und der in ihrem Vermögen geschädigten Person die Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. nicht ausschließe. Der Amtliche Entwurf von 1925 folgt in dieser Frage der herrschenden Lehre, indem er in § 310 bestimmt: „Wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt, die für das Vermögen des Getäuschten oder eines Dritten nachteilig sind, wird mit Gefängnis bestraft."

§ 2.

Die Vermögensverfügung beim strafbaren Betruge.

Einleitend ist ausgeführt worden, daß der Irrtum als ein innerer Vorgang in der Seele des Getäuschten nicht geeignet sei, eine nachteilige Veränderung in dem Vermögen des Geschädigten unmittelbar herbeizuführen, daß sich vielmehr stets zwischen Irrtum und Vermögensschaden eine Verfügung des Getäuschten schieben müsse, die ihrerseits unmittelbar den Vermögensschaden herbeiführt.

In Fällen, in denen die getäuschte und die geschädigte Person nicht identisch sind, der Getäuschte also über fremdes Vermögen verfügt, ist die notwendige Voraussetzung einer jeden Vermögensverfügung überhaupt, daß der Getäuschte über den angegriffenen Gegenstand mindestens die tatsächliche Verfügungsgewalt besitzt.

Zweifelhaft und überaus bestritten ist die weitere Frage, die sich hieran knüpft, ob der Getäuschte bei mangelnder

16) Vgl. Ölshausen § 263 Nr. 16; Frank § 263 VI, 2; Ebermayer § 263, 5 b; Rimpau, Die Strafbarkeit des Betruges, S. 10; R.G.St. 11, 246; 21, 236; 25, 244; 39, 82; 42, 171; 56, 166; R.G. in Goltd. Arch. 51, 189; Lpz. Ztschr. 9, 447.

Identität der getäuschten und der geschädigten Person zum Geschädigten in einem Verhältnis stehen muß, kraft dessen er auch berechtigt ist,[1] über das seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt unterliegende Vermögensobjekt zu verfügen, oder ob ein solches Verfügungsrecht des Getäuschten entbehrlich ist.[2]

Da nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches regelmäßig nur ein Berechtigter imstande ist, eine Verfügung mit rechtlicher Wirksamkeit vorzunehmen, während nichts im Wege steht, es bei einer tatsächlichen Verfügungsgewalt bewenden zu lassen, wenn der durch die Verfügung herbeizuführende Erfolg eine nur tatsächliche Bedeutung hat, so hängt die Entscheidung dieser Frage im wesentlichen davon ab, ob § 263 St.G.B. den Eintritt einer Rechtsänderung voraussetzt, für die Verfügung des Getäuschten also eine rechtsgeschäftliche Wirkung verlangt, oder ob unter die Begriffe Vermögensschaden und Vermögensvorteil im Sinne des § 263 St.G.B. auch ein nur wirtschaftlicher Schaden und eine nur wirtschaftliche Bereicherung fällt, die die Rechtslage unberührt läßt.

Von dem oben aufgestellten Grundsatz, daß nur ein Berechtigter imstande sei, eine Verfügung mit rechtlicher Wirksamkeit zu treffen, gewährt allerdings das B.G.B. eine wichtige Ausnahme in den §§ 932 ff., wonach der Erwerber, der gutgläubig vom Nichteigentümer eine bewegliche Sache erwirbt, Eigentümer wird, und zwar mit der Uebergabe (§ 932, Abs. 1, S. 1), oder durch eine dieser gleichstehende Handlung (§§ 932, Abs. 1, S. 2, 933, 934).

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen vom Nichteigentümer aufgrund guten Glaubens für das Strafrecht nur in beschränktem Umfange in Betracht kommen können. So kann der Betrüger, der sich in der Absicht rechtswidriger Bereicherung einen Vermögensvorteil verschaffen will, naturgemäß nicht auf den Schutz guten Glaubens berufen, wenn er durch Täuschung den Vermögensherrn zur Uebertragung eines Vermögensstückes veranlaßt.

Zweifelhaft und bestritten ist, ob in dem wissentlichen Verkaufe fremder Sachen als eigener gegenüber dem Eigentümer ein strafbarer Betrug liegt, wenn der Eigentümer wegen des guten Glaubens des Erwerbers sein Eigentum verliert. Das Reichs-

1) So Merkel Abh. II S. 203, Binding Lb. 1 S. 345, Hegler V.D.B. 7, S. 430.
2) Herrschende Lehre vgl. die S. 6, Anm. 16 zitierten.

gericht[3] hat dies verneint und den Grund hierfür darin erblickt, daß es an einer Verfügung des Getäuschten mangele, die den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Irrtum des Getäuschten und dem Vermögensschaden des Geschädigten herstellen könnte. Wenn auch das Gesetz den Eigentumserwerb an einen Umstand knüpfe, der in der Person des Erwerbers liege, nämlich an dessen guten Glauben, so begründe doch diese Verfügung des Nichtberechtigten den Eigentumserwerb und damit den Untergang des Rechtes des bisherigen Eigentümers. Die Verfügung über eine Sache, ein Recht, ein Vermögen, sei ein Ausfluß der Herrschaft über den Gegenstand der Verfügung. Verfügen könne daher nur derjenige, welcher die Verfügungsgewalt habe. Deshalb sei auch dann, wenn die Verfügung in dem Abschluß eines Vertrages geschehe, Verfügender nur der, der die Verfügungsgewalt über den Gegenstand des Vertrages besitze, wenn auch die Mitwirkung eines anderen zum Abschluß des Vertrages unentbehrlich sei.

Galli[4] tritt dieser Entscheidung mit der Begründung entgegen, daß die Annahme des auf die Veräußerung gerichteten Vertragsantrages einen so wesentlichen Bestandteil der Veräußerung bilde, daß ohne sie überhaupt keine Verfügung, auch nicht auf Seiten des Veräußernden zum Abschluß gelange.

Es ist nun allerdings zutreffend, daß auch der Erwerb eine rechtsgeschäftliche Willenstätigkeit auf Seiten des Erwerbers voraussetzt, ohne die die Verfügung des Veräußerers nicht wirksam zu werden vermag. Trotzdem ist der Entscheidung des Reichsgerichts beizupflichten, da in dem auf den Erwerb gerichteten Verhalten des Käufers keine Tätigkeit liegt, die den Vermögensschaden des Geschädigten ursächlich herbeiführt, sondern nur eine Zustimmung zu der Verfügung des anderen Teiles.[5] In dem Kommentar von Olshausen[6] wird in der neuesten (11.) Auflage in Abweichung von den früheren Auflagen, in welchen beim Verkauf beweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten an einen gutgläubigen Erwerber die Möglichkeit eines Betruges zum Nachteil des früheren Eigentümers zugegeben wurde, darauf hingewiesen, daß auch das Bürgerliche

3) R.G.St. 49 16; ebenso Olshausen § 263 Nr. 22 Bb.; Hegler V.D.B. 7 S.437 Nr. 5; Frank § 263 VI a. E. Abw. Schwartz § 263 Nr. 7 b; Olshausen 10. und frühere Aufl. § 263 Nr. 22.

4) Galli DJZ. 1916 S. 497.

5) Ebenso J.W. 1918 S. 695 Nr. 3.

6) Olshausen 11. Aufl. Nr. 22 B, b, früher 10. Aufl. Nr. 22.

Gesetzbuch in § 185 von dem Nichtberechtigten als dem Verfügenden spreche und daß mangels eines Getäuschten, der aufgrund der Täuschung eine Vermögensverfügung treffe, für die Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. kein Raum sei.

Damit scheiden jedoch nicht alle Fälle, in denen ein Nichtberechtigter über eine fremde Sache eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, aus dem Anwendungsbereich des § 263 St.G.B. aus. So bleibt z. B. dort für die strafrechtliche Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des Betruges Raum, wo der Täter nicht in der Absicht, sich selbst zu bereichern, sondern in der Absicht handelt, einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen und der Dritte sich zur Zeit des Erwerbes der Sache in gutem Glauben befindet. Ein praktisches Beispiel möge dies dartun:

A ist mit B befreundet und will diesem zu einem kostbaren Ringe verhelfen. Er weiß, daß X einen solchen Ring, der dem Y gehört, in Verwahrung hat. Unter der glaubhaften Vorspiegelung, daß Y ihm den Auftrag gegeben habe, dem X auszurichten, er solle den Ring, der nur eine geschickte Nachahmung sei, möglichst günstig in eigenem Namen und für Rechnung des Y verkaufen, veranlaßt er den X, den Ring seinem Freunde B, der von den Machenschaften des A nichts weiß und den X für den Eigentümer hält, zu einem Preise zu verkaufen, der für einen Ring mit nachgeahmtem Steine angemessen wäre.

Y verliert hier durch die Verfügung des X, der das Gesetz wegen des guten Glaubens des B Rechtswirksamkeit beilegt, das Eigentum an dem Ringe, ohne ein entsprechendes Aequivalent zu erhalten. Da die Vermögensverfügung des X durch den von A erregten Irrtum motiviert ist und die Vermögensverfügung ursächlich den Vermögensschaden des Y herbeiführt, ist auch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des A und dem Vermögensschaden des Y gegeben. Es liegt somit ein Fall vor, wo ein Nichtberechtigter auf Grund betrügerischer Täuschung durch sein Verhalten den Vermögensschaden eines Dritten vermittelt, der zugleich Schaden im Rechtssinne ist.

Mit Unrecht rechnet dagegen Gryciecki[7] folgenden Fall hierher:

A, in dessen Innehabung sich eine Sache des B befindet, ist in dem, mit Rücksicht auf die ganze Sachlage vollkommen

7) Gryciecki S. 109.

entschuldbaren Irrtum befangen, daß er der unumschränkte, zu jeder Disposition über die Sache berechtigte Mandatar des B sei. Ohne von diesem Irrtum Kenntnis zu haben und in der Meinung, daß A wirklich der Eigentümer der Sache sei, kommt nun C, verleitet den A zu einem Tauschgeschäft und führt ihn hierbei durch allerlei Trugkünste in den Irrtum, demzufolge A jene wertvolle Sache dem B gegen ein ihm vorgespiegeltes illusorisches Aequivalent dem C ins Eigentum übergibt.

Da C hinsichtlich des Eigentums des A gutgläubig ist, geht auch in diesem Falle das Eigentum an der Sache gemäß § 932 B.G.B. auf C über. Für die Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. ist trotzdem kein Raum, da zwischen dem von C in A über den Wert der Sache erregten Irrtum und dem Eigentumsverluste des B kein ursächlicher Zusammenhang besteht.[8] Ursächlich für den Eigentumsverlust des B ist vielmehr lediglich der Irrtum des A und des C über die wahre Rechtslage. Da C aber diesen Irrtum weder hervorgerufen, noch in Rechnung gestellt hat, fehlt der für die Anwendbarkeit des vollendeten Deliktes notwendige Kausalzusammenhang zwischen der Willensbetätigung des Täters und dem eingetretenen Erfolge.

Noch weniger gehört der weitere von Grygiecki angeführte Fall hierher, daß der Besitzer einer beweglichen Sache sich für den unumschränkten, zu jeder Disposition berechtigten Mandatar hält und auch von dem Käufer dafür gehalten wird. Hier tritt eine Rechtsänderung überhaupt nicht ein, da das B.G.B. an den guten Glauben des Erwerbers hinsichtlich der Verfügungsmacht des Scheinvertreters keine Rechtsfolgen knüpft.

Abgesehen von praktisch kaum bedeutsamen Fällen ist somit für jede Verfügung, welche eine Rechtsänderung herbeiführen soll, eine Verfügungsberechtigung unerläßlich.

Ob zum Tatbestande des vollendeten Betruges eine rechtliche Aenderung gehört, oder ob der Eintritt eines nur tatsächlichen Erfolges genügt, ist bestritten. Bei Erörterung dieser Frage ist davon auszugehen, daß zum Tatbestande des § 263 St.G.B. die Beschädigung des Vermögens eines anderen gehört.

§ 3.

Die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 St.G.B.

Sooft auch der Begriff „Vermögen" in den verschiedensten Disziplinen des öffentlichen und privaten Rechtes wiederkehrt,

8) ebenso in einem ähnlichen Falle Herberger S. 13.

so findet sich doch nirgends eine Legaldefinition angegeben. Weder Protokolle zu parlamentarischen Verhandlungen noch Motive und sonstige Quellen, die gewöhnlich als authentisch bezeichnet werden, geben unmittelbar über die Natur des Vermögens Aufschluß. Man kann daher wohl mit Schumann[1] sagen, daß der Vermögensbegriff als eben noch in der Entwicklung begriffen anzusehen ist.

Im Schrifttum unterscheidet man im Anschluß an Birkmeyers römisch-rechtliche Quellenstudie: „Ueber das Vermögen im juristischen Sinne" im wesentlichen zwei Vermögen, nämlich ein Vermögen im juristischen Sinne als Einheit von Rechten[2] oder, mit Neumann[3] zu reden, das Vermögen als „Inbegriff der Güter, über die jemand in seinem Interesse rechtlich verfügen kann" und ein Vermögen in natürlichen oder rein ökomischen Sinne als Einheit von Gütern, von Werten oder nach Neumann das Vermögen als „Inbegriff der Güter, über die jemand in seinem Interesse tatsächlich verfügen kann". Vertreten wird ferner auch die Ansicht,[4] daß das Vermögen ein Inbegriff von Gebrauchs- und Tauschwerten sei, die durch Rechte zugeführt sind.

Unter den Vertretern der Auffassung vom Vermögen im juristischen Sinne vertritt mit besonderem Nachdruck Binding[5] den Standpunkt, daß nur da eine Möglichkeit für die Anwendung des § 263 St.G.B. gegeben sei, wo der Täter durch Täuschung eines Verfügungsberechtigten vorsätzlich und rechtswidrig fremde Vermögensrechte verletze. Während bei Unterschlagung, Diebstahl und Raub das Recht des Eigentümers bestehen bleibe und die Bereicherung des Täters nur eine tatsächliche sei, nämlich der juristische Besitz der fremden Eigentumsobjekte, gehe der Betrüger auf Rechtsraub aus.[6] Der Betrogene solle sein Recht verlieren, während der Betrüger dasselbe erwerben oder wenigstens seiner Pflicht ledig werden wolle. Wo aber kein Recht, da gäbe es auch keinen Betrug.

Von dieser Grundauffassung ausgehend zieht Binding[7] folgerichtig den Schluß, daß wie für den Vermögensschaden eine rechtliche Aenderung, so für den Verfügenden eine recht-

1) Schumann S. 34.
2) Birkmeyer S. 108.
3) Neumann S. 171.
4) Lauterburg S. 184 ff.; Schumann S. 39.
5) Binding, Bb. 1 S. 339 ff.
6) Binding Lb. 1 S. 341.
7) Binding a. a. O. S. 345.

liche Verfügungsgewalt erforderlich sei.[8] Der Betrug verlange somit Identität der getäuschten und der benachteiligten Person, sei es absolute, sei es relative in dem Sinne, daß der Getäuschte ein Recht der Disposition über Vermögensrechte des Benachteiligten oder die rechtlich anerkannte Möglichkeit, zu verpflichten, besitzen müsse. Der Wille des Nichtberechtigten sei für das rechtliche Schicksal des Vermögensstückes gleichgültig, also ein „untaugliches Vehikel des Betruges".[9]

Die Auffassung Bindings vom Wesen des durch § 263 St.G.B. geschützten Vermögens hat im Schrifttum berechtigten Widerspruch ausgelöst. Es geht nicht an, a priori den Vermögensbegriff als einen Rechtsbegriff hinzustellen. Wenn Rotering[10] dazu meint, daß die Rechtsordnung ihren eigenen Vermögensbegriff zu Rechtszwecken sich selbst geschaffen habe, und dieser die universitas juris sei, so konnte ihm Eckstein[11] mit Recht entgegenhalten, daß dies eine petitio principii sei.

Die Auffassung, daß nur Rechte Bestandteile des Vermögens seien, entfernt sich von der natürlichen Auffassung, die auch durch den Wortsinn gestützt, unter Vermögen dasjenige versteht, was einer Person Macht und Geltung verschafft. Die Güter, die diese Eigenschaften besitzen, sind jedoch nicht vom Recht geschaffen, sondern sind Erzeugnisse der Natur oder menschlicher Tätigkeit. Mit Recht bemerkt Kollmann[12] dazu, daß das Strafrecht zwar die Güter bestimme, denen es einen verstärkten Rechtsschutz zuteil lassen werden wolle, daß das Wesen dieser Güter selbst zu bestimmen, aber keine strafrechtliche, überhaupt keine juristische Aufgabe sei. Es gebe ebensowenig ein juristisches Vermögen, wie es etwa ein juristisches Leben geben könne. Binding und denen, die nur subjektive Rechte als Bestandteile des Vermögens anerkennen wollen, hätte nun der Beweis obgelegen, daß dieser wirtschaftliche Begriff des Vermögens nicht vom Recht angewendet sei, sondern daß sich das Recht einen eigenen Vermögensbegriff geschaffen habe. Diesen Beweis haben jedoch Binding und die übrigen Vertreter der Auffassung vom Vermögen als einer Einheit von Rechten nicht geführt. Rotering[13] hat seine Ablehnung,

8) Ueber Ausnahmen siehe oben S. 9 ff.
9) Binding, Grundriß S. 182.
10) Rotering, Ger. S. 67, S. 215.
11) Eckstein, Goltd.Arch. 58 S. 69 Anm. 7 a.
12) Kollmann S. 63.
13) Rotering, Ger.S. 67, S. 215.

wirtschaftliche Begriffe in juristischen Tatbeständen zu verwenden, damit begründet, daß die Volkswirtschaft sich niemals zu einer Bestimmung des Vermögensbegriffs durchgerungen habe, die sich allgemeiner Anerkennung erfreue. In den Vermögensbegriff der Nationalökonomie fielen auch persönliche Fähigkeiten, Kundschaft, Kredit, Handelsbeziehungen, geschäftliche Konnexionen, körperliche Vorzüge, gesellschaftliche Verbindungen, Personenkenntnis und verschiedenes andere, was der Bedürfnisbefriedigung gleichermaßen diene. Deshalb seien die Grenzen hier ungewiß und verschwommen, während das Rechtsleben eine Festlegung des Vermögensbegriffes erheische.

Der Vorwurf des Mangels an Geschlossenheit hat jedoch nur dann eine Berechtigung, wenn man die Volkswirtschaftslehre als „Lehre vom Guten und Wünschenswerten überhaupt, sozusagen als generelle Wahlfahrtswissenschaft"[14] betrachtet. Als allgemeine Verkehrslehre aufgefaßt, umfaßt dagegen die Nationalökonomie nur solche Güter, die, zur menschlichen Bedürfnisbefriedigung geeignet, verkehrsfähig sind. Körperliche Vorzüge, gesellschaftliche Verbindungen und Personenkenntnis gehören deshalb, da des Güterumlaufs nicht fähig, nicht zu den wirtschaftlichen Gütern.[15]

Im übrigen trifft der Vorwurf des Mangels einer sicheren Bestimmbarkeit des Vermögens auch die Auffassung vom Vermögen als einer universitas juris. So erkennt z. B. Binding[16] an, daß die vertraglich gesicherte Kundschaft zum Vermögen gehöre. Aber auch bei dieser kann von einer ziffernmäßigen Bestimmbarkeit keine Rede sein.

Der wirtschaftlichen Vermögenstheorie wird ferner entgegengehalten, daß sie Sachgüter, die der Bedürfnisbefriedigung abträglich erschienen, vom Vermögensbegriffe ausscheide. Inventarstücke, die der Berechtigte nur aus idealen Rücksichten unterhalte, seien nach ihr nicht Vermögensbestandteile, weil durch sie der Güterwert verringert werde.[17] So sei das Pferd, dem das Gnadenbrot gereicht werde, ökonomisch für den Eigentümer eine Last, während es juristisch zum Vermögen gehöre, da jedes Vermögensrecht positiver Bestandteil des Vermögens sei.

14) Neumann S. 149 ff.
15) ähnlich Jacobowitz S. 31.
16) Binding Lb. 1 S. 343

Die Behauptung, daß Sachgüter, deren Unterhaltung vielleicht mit größeren Kosten verbunden ist, als wie ihr Wert ausmacht, bei der Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte als Bestandteile des Vermögens ausscheiden müßten, beruht jedoch auf einer Verkennung des wirtschaftlichen Wertbegriffs. Es kommt nicht darauf an, ob der Eigentümer im Einzelfalle aus einer Sache keinen Nutzen zieht, obwohl er dazu imstande wäre, sondern nur darauf, ob das betreffende Gut objektiv geeignet ist, zur Bedürfnisbefriedigung beizutragen. Zu dem oben angeführten Beispiel hat Jehle[18] überzeugend dargetan, daß es nur einer Aenderung in der Art der Verwendung bedürfe, um z. B. das altersschwache Pferd auch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Vermögenstheorie als Vermögensbestandteil erscheinen zu lassen. Das Pferd könne verkauft, seine Haare in der Möbelindustrie verwendet, seine Knochen zur Leimfabrikation benutzt werden.

Als weiterer Einwand gegen die Verwendung wirtschaftlicher Wertbegriffe wird geltend gemacht,[19] daß die ökonomische Vermögenstheorie unberechtigt Gegenstände ohne wirtschaftlichen Wert vom Vermögensbegriff ausscheide. Dagegen sind, insbesondere von Rotering[20] kriminalpolitische Bedenken erhoben worden. Durch die Versagung des Normenschutzes gegenüber Gegenständen, die nur einen Affektions-, nicht aber einen Gebrauchs- und Tauschwert hätten, würde der Grundsatz proklamiert, daß niemand Liebhabereien ohne Geldwert zu besitzen brauche. Sie seien Freigut.

Daß wertlose Gegenstände nach ökonomischer Vermögensauffassung nicht zum Vermögen gehören, ist richtig. Aus dem Mangel strafrechtlichen Schutzes gegenüber betrügerischen Angriffen kann jedoch kein entscheidendes Argument gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise hergeleitet werden, zumal auch das bürgerliche Recht für Beschädigung von Gegenständen mit reinem Liebhaberwert keinen Schadenersatz kennt.[21]

Binding weist darauf hin, daß es Eigentum an, also auch Forderungsrechte auf wertlose Sachen gäbe, somit Verletzungen beider. Dies mag hingehen, nur kann man aus dem Vergleich

17) So Rotering, Goltd.Arch. 47 S. 418.
18) Jehle S. 11 Anm. 5.
19) z. B. von Binding Lb. 1 S. 239.
20) Rotering, Goltd. Arch. 47 S. 423.
21) Komm. der R.G.Räte § 253 Nr. 1.
22) Binding Lb. I S. 239.

mit der strafrechtlichen Behandlung wertloser Gegenstände bei den das Eigentum schützenden Strafbestimmungen keine Schlüsse auf ihre Behandlung bei den strafrechtlichen Tatbeständen ziehen, die den Schutz des Vermögens zum Gegenstande haben. In einem einleitenden Ueberblick hebt Binding[23] selbst zutreffend hervor, daß die Vermögensdelikte nach und nach aus den Eigentumsdelikten entstanden seien und daß das Wesen jedes von ihnen aus seiner Geschichte und aus dem für das heutige Recht maßgebenden Gesetze festgestellt werden müsse. Es geht nicht an, die Eigentumsdelikte, die es in ihrem Tatbestande auf das Vorhandensein fremder Sachen abstellen, die aber das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung überhaupt nicht enthalten, als Maßstab für die Behandlung von Vermögensdelikten zu nehmen. Die Inkongruenz, die in der verschiedenartigen Behandlung wertloser Gegenstände bei Diebstahl, Unterschlagung und Sachbeschädigung einerseits und Betrug andererseits besteht, ist höchstens geeignet, de lege ferenda einen Fingerzeig zu geben, ist aber de lege lata unbeachtlich.

Aus der Auffassung des Vermögens als Inbegriff geldwerter Güter folgt, daß ein Vermögensschaden nur dann vorliegt, wenn die Summe der das Vermögen darstellenden Güter in ihrem Gesamtwerte vermindert wird.[24] Daraus ergibt sich weiter, daß die Entziehung einzelner Vermögenswerte unter gleichzeitiger Gewährung anderer zum mindesten gleichwertiger Güter nicht als Vermögensschaden in Betracht kommt.[25]

Dagegen wendet sich Binding[26] mit der Begründung, daß die bezeichnete Vermögensauffassung dazu führen müsse, die Vermögensbeschädigung überall da abzulehnen, wo aus der Rechtsverletzung ein voller Ersatzanspruch entstände, also auch bei Entstehung des Schadensersatzanspruchs aus § 823, Abs. 2 B.G.B. Diese Konsequenz wird allerdings vereinzelt in der Literatur gezogen. So will Merkel[27] „in der Existenz eines realisierbaren Rechtsanspruchs ein den Begriff des Betruges ausschließendes Aequivalent für die Leistung des Getäuschten" finden. Diese Ansicht ist schon wegen ihrer kriminalpolitischen Tragweite äußerst bedenklich. Es geht nicht an, einen Betrüger

23) Binding a. a. O. S. 238.
24) Frank § 263 V 4; Olshausen § 263, Nr. 18; R.G.St. 16, 1, 41, 74.
25) Olshausen Nr. 18 Hegler 426/27; Schwartz § 263 Nr. 6.
26) Binding Lb. 1 S. 240 Anm. 1.
27) Merkel H.H. III S. 767.

nur um deswillen straffrei zu lassen, weil der Ersatzanspruch wegen der Zahlungsfähigkeit des Betrügers und wegen seiner gerichtlichen Belangbarkeit realisierbar erscheint. Es ist aber auch garnicht richtig, daß diese Ansicht eine notwendige Folge der wirtschaftlichen Vermögensauffassung sei. Der wirkliche Besitz einer Sache steht wirtschaftlich nicht ohne weiteres dem Anspruch auf ihre Herausgabe gleich. Vor allem aber wäre es verfehlt, den Ersatzanspruch um seiner juristischen Existenz willen als ein vollwertiges Aequivalent anzusehen.

Der Angriff Bindings[28] gegen die wirtschaftliche Vermögensauffassung, daß nach dieser in allen Fällen, wo aus der Rechtsverletzung ein voller Ersatzanspruch entstehe, wie dies bei Diebstahl und Betrug der Fall sei, eine Vermögensbeschädigung garnicht angenommen werden könnte, weil die Ersatzforderung genau so groß sei wie der angerichtete Schaden, geht fehl, weil Binding hier seine eigene Theorie über den Vermögensschaden als Nur-Rechtsschaden der herrschenden Lehre, die doch nicht mit Vermögensrechten, sondern mit geldwerten Gütern operiert, aufzwingt. Der Ersatzanspruch gegen den Betrüger dürfte jedoch kaum einmal dem eingetretenen Vermögensschaden wirtschaftlich im Werte gleichstehen.

Binding[29] hat gegen die Annahme eines Vermögensschadens bei Minderung des Vermögenswertes ferner eingewendet, daß jede Veräußerung von Vermögenswerten gegen ideale Aequivalente und jede Erwerbung geldunwerter Sachen gegen Geld nach wirtschaftlicher Vermögensauffassung einen Vermögensschaden darstellen müsse und zwar ganz einerlei, ob das Aequivalent hereinkäme oder nicht. Wer einem Bettler 3 Mk. schenke, werde ganz gleichmäßig wirtschaftlich um diesen Betrag ärmer, möge der Bettler ein Preller oder ein sehr bedürftiger Mann sein. Die Täuschung werde also garnicht für den Schaden kausal, denn dieser trete auch dann ein, wenn die vorgespiegelte Not in Wahrheit bestände. Juristisch sei aber nicht derjenige geschädigt, der unter einer zutreffenden Voraussetzung schenke, wohl aber der, dem nicht geleistet werde, worauf er für seine Gegenleistung einen Rechtsanspruch habe.

Es ist Binding darin beizupflichten, daß derjenige, der einem Bettler 3 Mk. schenkt, um diesen Betrag gleichmäßig ärmer wird, gleichgültig, ob die Hilfsbedürftigkeit des Bettlers

28) Binding Lb. 1 S. 240 Anm. 1.
29) Binding Lb. 1 S. 356.

in Wirklichkeit bestanden hat oder nur vorgespiegelt gewesen ist. Nicht richtig ist aber, daß damit nach wirtschaftlicher Vermögensauffassung in jedem Falle ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 St.G.B. zu bejahen sei. Das Recht hat grundsätzlich kein Interesse daran, wie ein Geschäftsfähiger sein Vermögen verwendet. Der bloße Eintritt einer Vermögensverminderung hat keineswegs zur Folge, daß damit ohne weiteres auch der Eintritt eines Vermögensschadens bejaht werden müßte. Zu der Vermögensverminderung muß vielmehr hinzukommen, daß die nachteilige Veränderung in der Vermögenslage sich gegen oder wenigstens ohne den Willen des Geschädigten vollzogen habe. Es ist deshalb in den von Binding herangezogenen Fällen zu fragen, ob die Vermögensverminderung sich mit oder ohne den wahren Willen des Betroffenen vollzogen hat. Im allgemeinen wird dabei davon auszugehen sein, ob der Almosenspender die Vermögensverfügung auch dann betroffen hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre. Zu erwägen ist dabei, daß der Angesprochene die Gabe möglicherweise lediglich des halb gegeben hat, um den Bettler loszuwerden oder weil er gewohnheitsmäßig keinen Bettler ohne Almosen vorbeigehen läßt. Als Anhaltspunkt hierfür mag z. B. die Geringfügigkeit des Almosens gelten.[30] Möglicherweise kann der Spender sich auch dessen bewußt sein, daß die vorgespiegelte Hilfsbedürftigkeit vielleicht garnicht besteht. Merkel[31] bemerkt hierzu zutreffend, daß es auch seinen Reiz habe, auf witzige Art geprellt zu werden. Läßt dagegen die Größe des Almosens darauf schließen, daß der Spender nicht nur in der Absicht gegeben hat, den Bettler loszuwerden und war eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in die Möglichkeit einer Täuschung nicht vorhanden, sondern wollte der Geber einem wahrhaft Hilfsbedürftigen und Mitleid Verdienenden helfen, so ist bei einer auf Täuschung abzielenden Vorspiegelung der Hilfsbedürftigkeit in der Hingabe des Almosens eine durch die Wahrheitsverletzung verursachte Vermögensbeschädigung zu sehen. Die Minderung des Vermögens ist sodann, obwohl dem Spender bewußt, doch keine freiwillige, da der Spender durch den Irrtum in einen Zustand der Unfreiheit versetzt wurde.[32]

30) Vergl. Olshausen § 263 Nr. 38.
31) Merkel Abh. II S. 232.
32) Richtig Hälschner II S. 249, Hegler V.D.B. 7, S. 438; R.G.St. 4. 352, 6. 360, 52. 134, 53. 225.

Frank[33] wendet dagegen ein, daß für die Annahme eines Betruges nur die Täuschung über solche Tatsachen genüge, die dem Getäuschten das Schädigende seiner Vermögensverfügung verschleiere. Von seinem Standpunkt aus folgerichtig leugnet er deshalb überhaupt die Möglichkeit eines Bettelbetruges. Die Ansicht, daß eine Vermögensverfügung, die der Getäuschte mit dem Bewußtsein ihrer schädigenden Wirkung vornehme, den Tatbestand des Betruges ausschließe, findet jedoch im Gesetz keine Stütze.

Im Schrifttum ist die Ansicht mehrfach vertreten worden,[34] daß der Geber um ein ideales Aequivalent geprellt werde, wenn er einem in Wahrheit nicht Hilfsbedürftigen ein Almosen gebe. Damit wird jedoch etwas in den Tatbestand des § 263 St.G.B. hineingetragen, was in dem gesetzlichen Tatbestande nicht enthalten ist. Die Konstruktion des idealen Aequivalents ist eine Verlegenheitskonstruktion, und ist rechtlich überflüssig. Eine Verlegenheitskonstruktion insofern, als ideale Aequivalente für den Vermögenswert überhaupt nicht in Betracht kommen, eine überflüssige Konstruktion insofern, als das Gesetz nichts davon sagt, daß sich der Irrtum auf ein zu erhaltendes Aequivalent beziehen müsse. Beim Bettelbetruge ist aber die Konstruktion des idealen Aequivalents auch schon deshalb zu vermeiden, weil, wie Hegler[35] mit Recht ausführt, „Der Geber bei seiner Gabe doch nicht einen Rechtsanspruch auf Linderung wirklicher Bedürftigkeit des Bettlers" habe.

Aus der richtig verstandenen wirtschaftlichen Vermögensauffassung folgen also bei der Frage des Bettelbetruges durchaus keine Unzuträglichkeiten, die zu deren Aufgabe Veranlassung geben könnten.

Während die Anwendung wirtschaftlicher Wertbegriffe, so schwer auch im einzelnen ihre Handhabung sein mag, keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereitet, so wird durch die gänzliche Außerachtlassung des Wertes als mitbestimmenden Faktors von der juristischen Vermögensauffassung ein Merkmal übergangen, welches oft erst die Unterscheidung der Vermögensrechte von anderen Rechten, wie Persönlichkeits-, Familien- und Urheberrechten ermöglicht.[36]

---

33) Frank § 263 VI 1a.
34) Binding Lb. 1 S. 354/56; Merkel Abh. II S. 212 ff. Olshausen § 263 Nr. 27, 38 a.
35) Hegler V.D.B. 7 S. 426 Anm. 2.
36) ähnlich Jacubowitz S. 33, Weber S. 30.

Verzichtet man darauf, für den Vermögensschaden eine wirtschaftliche Schädigung zu fordern, so gelangt man dazu, einen Vermögensschaden auch da anzunehmen, wo jemand „ohne Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße sich als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt."[37] Es berührt eigentümlich, daß sogar wirtschaftlicher Gewinn als juristischer Schaden angesprochen werden soll. Gerade hier zeigt sich, wie weit sich die juristische Auffassung von der Betrachtungsweise des praktischen Lebens entfernt. Nicht mit Unrecht weisen Schumann[38] und Dörr[39] darauf hin, daß in der einseitigen Betonung des Rechtsstandpunktes die Gefahr liege, den Betrug in ein Formaldelikt zu verwandeln, dessen Objekt alles mögliche sein könne und den überwundenen Irrtum vergangener Zeiten zu erneuern.

Daß aber die Verwendung wirtschaftlicher Begriffe im Recht nicht unjuristisch ist, erhellt schon daraus, daß auch das Gesetz selbst den Wertbegriff verwendet, wenn es im § 40 H.G.B. bestimmt, daß bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Wert anzusetzen seien, der ihnen in dem Zeitpunkt beizulegen sei, für welchen die Aufstellung stattfinde und daß zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben seien. Dieselbe rechtliche Behandlung, die das Gesetz den „Vermögensgegenständen" bei der Aufstellung von Inventar und Bilanz angedeihen läßt, kommt auch der Bestimmung des Vermögens im Sinne des § 263 St.G.B. zu. Ebensowenig wie ein Recht schon kraft seiner formalen Existenz für die kaufmännische Bilanz Beachtung findet, kommt es auch für den Strafschutz des § 263 St.G.B. in Frage. Wollte man von jeder wirtschaftlichen Betrachtungsweise absehen und das Recht schon aufgrund seiner formalen Existenz als Vermögensbestandteil ansehen, so dürfte es, wie das Reichsgericht überzeugend ausführt,[40] keinen Kreditbetrug geben, wenn nur der Gläubiger für die Hingabe seiner Leistung eine juristisch einwandfreie Forderung bekäme, wobei es ja nicht darauf ankommen dürfte, ob die Forderung auch

37) Binding Lb. 1 S. 240.
38) Schumann S. 35.
39) Dörr S. 56.
40) R.G.St. 44, 234.

einen wirtschaftlichen Wert hat, d. h. ob sie jemals eintreibbar ist. Diese Konsequenz wird jedoch auch von den Anhängern der Auffassung vom Vermögen als einer Einheit von Rechten nicht gezogen. So hält es Binding[41] für Betrug, wenn der Gläubiger keinen zahlungsfähigen Schuldner erhält. In welchem Rechte soll aber der Gläubiger verletzt sein, da es doch wohl ein Recht, einen zahlungsfähigen Schuldner zu erhalten, ebenso wenig gibt wie ein Recht, nicht getäuscht zu werden?

Folgt somit aus dem Wesen des Betruges als eines Bereicherungsdeliktes, daß die Beachtung wirtschaftlicher Gesichtspunkte bei der Prüfung von Vermögensschaden und Vermögensvorteil unerläßlich ist, so führt die Auffassung vom Vermögen als einer Summe von Rechten auch im einzelnen zu Unzuträglichkeiten und zwar insbesondere dort, wo sich der verbrecherische Angriff gegen geldwerte Güter richtet, die nicht Rechte sind. Hierher gehört in erster Linie der Besitz. Der Begriff des Besitzes ist zwar im bürgerlichen Recht nicht ausdrücklich bestimmt. Wenn aber das Gesetz in § 854, Abs. 1 B.G.B. besagt, daß zum Erwerbe des unmittelbaren Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erforderlich und genügend sei, und wenn der Besitz abgesehen von den Fällen des § 854, Abs. 2 und 857 B.G.B. ausschließlich auf diese Art begründet werden kann und die Beendigung des Besitzes lediglich an die Aufgabe oder den anderweitigen Verlust der tatsächlichen Gewalt geknüpft ist (§ 856 B.G.B.), so erhellt daraus, daß der Besitz kein Recht, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis ist, nämlich das Gewaltverhältnis einer Person zu einer Sache.[42]

Im Interesse der Rechtssicherheit hat jedoch das Gesetz dem Besitz als solchen weitgehenden Schutz zuteil werden lassen und ihm dadurch Eigenschaften von Rechtsgütern beigelegt. So ist der Besitz gemäß § 854, Abs. 2, 857 und 870 B.G.B. übertragbar und vererblich und kann gemäß § 2169 auch Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Er gilt gemäß §§ 929, 937, 958, 1205 B.G.B. als gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung von Sachenrechten und nach §§ 1006, 1055, 1227 und 1248 B.G.B. knüpft sich an ihn die Vermutung des Eigentums. Seine Verletzung verpflichtet gemäß § 823, Abs. 2 zum Schadensersatze, da der Besitzer durch § 858

41) Binding Lb. 1 S. 357.
42) Komm. der R.G.Räte § 854 Anm. 1.

B.G.B. gegen Besitzentziehung und Besitzstörung geschützt ist, die Zuwiderhandlung somit ein Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist. Das Reichsgericht geht sogar so weit, den Besitz wegen seiner Rechtsähnlichkeit als absolutes Recht im Sinne des § 823, Abs. 1 B.G.B. zu behandeln.[43]

Trotzdem ist der Besitz aber kein subjektives Recht gleich den übrigen dem B.G.B. bekannten Rechten und könnte für sich den Strafschutz des § 263 St.G.B. nicht in Anspruch nehmen, falls es richtig sein sollte, daß nur Rechte zum Vermögen gehören, die Vermögensverletzung also nur in einer Aufgabe von Vermögensrechten bestehen kann. Binding[44] hat diese Schlußfolgerung gezogen, indem er meint, daß der Besitz wohl wirtschaftlich, aber nicht rechtlich zum Vermögen gehöre und deshalb auch nicht Angriffsobjekt des Betruges sein könne. Nur wo die Besitzentziehung auf eine Verletzung des dem Besitze zugrundeliegenden Rechtes abziele, könne sie ein Mittel der Vermögensbeschädigung sein und nur dann, nicht aber bei der Detention, der das Merkmal des Für-sich-habens ermangele, enthielte die widerrechtliche Ergreifung juristischen Besitzes eine widerrechtliche Bereicherung.

Die Ablehnung des Strafschutzes beim Angriff auf den Besitz als solchen ist zwar vom Standpunkt, daß nur Rechte zum Vermögen gehören, folgerichtig, trägt jedoch dem Bedürfnis des täglichen Lebens nicht Rechnung. Sobald der Besitz die tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über ein wertvolles Gut verschafft, ist er selbst als Vermögenswert anzusehen. Sein Verlust kann somit wegen des Aufhörens der Möglichkeit, über einen Vermögensbestandteil nach eigenem Belieben und zu eigenem Vorteil zu verfügen, einen Vermögensschaden bedeuten.[45] Seine Grenze findet der Schutz des Besitzes gegen betrügerische Angriffe in dem Grundsatze, daß zum Vermögen nur solche Güter gehören, die einen in Geld ausdrückbaren Wert besitzen. Wo die Detention einen solchen Vermögenswert nicht hat und ebenso der Verlust derselben einen in Geld meßbaren Schaden nicht begründet, ist für die Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. kein Raum.

Der Einwand Ecksteins[46], daß der bloße Besitzverlust noch kein Vermögensschaden und die Besitzentziehung erst

43) R.G.Z. 59, 328.
44) Binding Lb. 1 S. 240, Normen II S. 1077.
45) So auch R.G.St. 1 55; Goltd. Arch. 47 S. 376.

Vorbereitungshandlung zu einer weiteren den Schaden verursachenden Handlung sei, trifft nicht zu. Einen Schaden im Rechtssinne braucht der Eigentümer einer Sache, deren Besitz er infolge betrügerischer Vorspiegelungen aufgegeben hat, von einer Zueignungshandlung des Delinquenten nicht zu befürchten, da Delikte ungeeignet sind, Rechtsänderungen herbeizuführen. Der Schaden, der ihm entstanden ist, ist vielmehr tatsächlicher Natur, nämlich der Verlust der Möglichkeit, nach freiem Belieben über das abgelistete Gut zu verfügen und es im Selbstinteresse zu verwenden. Dieser Verlust tritt aber unabhängig davon ein, ob der Täter die erschlichene Sache für sich benutzt oder nicht.[47]

Aehnliches wie für den Besitz gilt auch für den entgangenen Gewinn. Nach dem B.G.B. kann ein Vermögensschaden in zweifacher Form in Erscheinung treten, nämlich erstens als Verschlechterung des vorhandenen Vermögenszustandes, als damnum emergens, oder zweitens als Vereitelung von Gewinn, als lucrum cessans. Während der Vermögensschaden, der durch die Einbuße von bereits vorhandenen Vermögensstücken entsteht, unstreitig in den Anwendungsbereich des § 263 St.G.B. fällt, war es lange streitig, ob auch der entgangene Gewinn zum Vermögen gehöre und damit den Schutz des § 263 St.G.B. genieße.

Entsprechend ihrem Standpunkt, daß nur Rechte Gegenstand des Vermögens und des betrügerischen Angriffs sein könnten, haber die Vertreter der juristischen Vermögensauffassung die Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. bei Angriffen auf einen erst zu erwartenden Gewinn grundsätzlich verneint und nur da zugelassen, wo der Anspruch auf den künftigen Gewinn vertraglich gesichert sei. Das Reichsgericht hat bis zum Inkrafttreten des B.G.B. eine zweifelnde Stellung eingenommen und die Entziehung des entgangenen Gewinns nur dann als Vermögensschaden angesehen, wenn ein rechtsbegründeter Anspruch auf seine Erzielung bestand oder wenn tatsächliche Verhältnisse vorlagen, vermöge deren ohne die dazwischen getretene Täuschung der Gewinn dem Getäuschten ohne weiteres und mit Sicherheit zugefallen wäre.[48] Nachdem jedoch nunmehr das Bürgerliche Gesetzbuch in § 252 bestimmt, daß als

46) Eckstein in Goltd. Arch. 58 S. 80.
47) ähnlich Jacubowitz S. 52.
48) R.G.St. 13. 8, 26. 239, 27, 43.

entgangen auch der Gewinn zu gelten habe, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, ist die Streitfrage, ob ein entgangener Gewinn erst dann eine Vermögensentschädigung darstelle, wenn ein rechtlich begründeter Anspruch auf ihn bestehe oder schon dann, wenn er nach den tatsächlichen Verhältnissen von selbst zugeflossen wäre, in dem letztgenannten Sinne zu entscheiden.[49]

Wenn Frank[50] dagegen einwendet, daß es sich im § 252 B.G.B. lediglich um eine singuläre Bestimmung für das Gebiet der bürgerlichen Schadensberechnung handele, so konnte ihm Olshausen[51] mit Recht entgegenhalten, daß § 252 B.G.B. kein Sondersatz des bürgerlichen Rechtes sei, sondern ein anerkannter allgemeiner Rechtsgedanke.

Demgemäß ist auch in der tatsächlich festen, wenn auch vertraglich nicht gesicherten Kundschaft ein Vermögensbestandteil zu sehen, der des Schutzes des § 263 St.G.B. bedarf. Wie das Reichsgericht in Band 26, S. 228 ff. überzeugend ausführt, bildet eine solche feste Kundschaft für den Warenverkäufer eine Quelle regelmäßig wiederkehrender Gewinnbezüge, deren Eingang er zwar nicht mit voller rechtlicher Gewißheit, so aber doch mit einer hohen Wahrscheinlichkeit erwarten darf, da es zu den gewöhnlichsten Erscheinungen des Verkehrslebens gehört, daß tatsächlich geübte geschäftliche Verbindungen, gleich als ob eine rechtliche Verpflichtung dazu bestände, fort und fort aufrecht erhalten und nur infolge eines besonderen Anlasses aufgehoben werden. Im Verkehrsleben gilt daher eine tatsächlich feste Kundschaft geradezu als Zubehör des Geschäftes und bildet bei der Preisbestimmung oft einen wesentlichen Faktor.

Zum Vermögen gehören auch klaglose Ansprüche, sofern sie nicht auf rechtsunwirksamen Verträgen beruhen. So können namentlich verjährte Forderungen einen Vermögenswert darstellen, da die Verjährung nach § 390, Satz 2 B.G.B. die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen eine andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Aber auch

49) R.G.St. 38. 108, 41. 373; Ebermeyer § 263, Nr. 6; Hegler V.D.B. 7 S. 429.
50) Frank § 263 V 3 b.
51) Olshausen § 263 Nr. 21.

Spielgewinn[52] und Ehemäklerlohn, die nach den Vorschriften des B.G.B. kein Klagerecht gewähren, können einen wirtschaftlichen Wert darstellen, da die Gesellschaft sie als Ehrenschulden betrachtet und das Gesetz sie als erfüllbar ansieht. Anders verhält es sich jedoch mit den aus rechtsunwirksamen Verträgen entstehenden Forderungen. Bei ihnen kommt eine Anerkennung des Vermögenswertes und damit des Schutzes gegen betrügerische Angriffe nicht in Frage, da das Gesetz ihnen ausdrücklich Rechtsgültigkeit versagt hat. Ob in den persönlichen Verhältnissen eine Anstandspflicht zur Erfüllung begründet ist, kommt deshalb nicht in Betracht.

Aus alledem erhellt, daß ökonomische Begriffe bei der Bestimmung des Vermögensbegriffs nicht ausgeschaltet werden können, ohne daß die gänzliche Außerachtlassung des Wertbegriffs teils zu einer unberechtigten Erweiterung des Vermögensumfanges, teils zu einer Einengung führen müßte, die mit den Anschauungen des täglichen Lebens in Widerspruch steht.

Die Unentbehrlichkeit wirtschaftlicher Begriffe für das Strafrecht und die Schadenhaftung ist richtig erkannt worden von der ökonomischen wie auch von der juristisch-ökonomischen Vermögenstheorie, welche das Vermögen als „Inbegriff von Werten" definiert, „die durch Rechte zugeführt sind"[53] oder als „Gesamtheit der rechtlich zusammenhängenden Elemente ökonomischer Verkehrsmacht einer Person".[54]

Gegenüber der rein juristischen Vermögensauffassung genießt die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie den Vorzug, daß sie nicht ausnahmslos alle subjektiven Rechte um ihrer bloßen Existenz willen zum Vermögen rechnet, sondern nur solche, welche eine „Machtbeziehung des Berechtigten zu Elementen ökonomischer Verkehrsmacht" herstellen, und daß sie ferner nicht entgegen dem alltäglichen Sprachgebrauch als Vermögensbestandteile einzelne Vermögensrechte betrachtet, sondern deren Gegenstände.

Trotz dieser Vorzüge gegenüber der rein juristischen Vermögensauffassung stehen der juristisch-ökonomischen Vermögenstheorie in gewisser Hinsicht dieselben Bedenken entgegen, die die Verwertung eines rein juristischen Vermögensbegriffs treffen. So anerkennt die juristisch-ökonomische Vermögens-

52) R.G.St. 28. 401, 36. 205, 40. 29.
53) Birkmayer S. 105.
54) Lauterburg S. 185.
55) Lauterburg S. 186.

auffassung als Vermögensbestandteile nur Werte, die durch Rechte zugeführt sind. Damit würden aber die oben angeführten wirtschaftlichen Werte, wie Kundschaft und Besitz dem Schutze der Betrachtungsbestimmung entzogen sein, was das Anwendungsgebiet des § 263 St.G.B. in einer Weise einschränken würde, die dem Zwecke des Gesetzes, dem Schutze des wirtschaftlichen Verkehrs, nicht gerecht würde.

Frank[56] wendet sich gegen die Auffassung, daß ein Gut schon deshalb zum Vermögen jemandes gehöre, weil derselbe die Möglichkeit habe, tatsächlich darüber zu verfügen, ohne daß die Verfügungsmöglichkeit auf einem Rechte beruhen müsse, mit der Begründung, daß dann die hinterlegte Sache dem Vermögen des Verwahrers zugerechnet werden müßte, was zweifellos unrichtig sei.

Daß eine Sache, die jemand mit dem Willen, sie für einen anderen aufzubewahren, in Besitz hat, ausschließlich zum Vermögen des anderen gehört und nicht Bestandteil des Vermögens des Verwahrers ist, trifft zu. Durch die Betätigung des Zueignungswillens des ungetreuen Verwahrers hört dieser jedoch auf, Verwahrer zu sein. Wenn die strafbare Zueignung zwar auch nicht geeignet ist, die Rechtslage zu ändern, da der Eigentümer sein Eigentum an der Sache behält, so wird die widerrechtlich erlangte Sache doch Bestandteil des Vermögens des Täters, da dieser durch die Zueignungshandlung zu der Sache in ein Verhältnis tritt, das ihm wirtschaftlich eine eigentumsähnliche Stellung gewährt. Zweifelhaft ist, ob das auf strafbare Weise Erlangte den Schutz des § 263 St.G.B. genießt. Da der Täter verpflichtet ist, die widerrechtlich erlangte Sache herauszugeben, gehört die Sache nicht zu seinem „rechtlich geschützten Vermögen". Mit Recht hat jedoch das Reichsgericht in dem Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 14. Dezember 1910[57] den von ihm früher vertretenen Standpunkt aufgegeben, daß § 263 St.G.B. einen Angriff auf rechtlich geschütztes Vermögen voraussetze. Was dem Vermögen einer Person angehöre und was Bestandteil ihres Vermögens sei, das genieße unter allen Umständen rechtlichen Schutz. Diese Auffassung findet ihre Stütze auch in § 858 B.G.B., wo die Privatrechtsordnung auch solche Rechtsverhältnisse schützt, die auf rechtswidriger Grundlage beruhen, z. B. den Besitz des Diebes gegen verbotene

56) Frank § 263 V 3.
57) R.G.St. 44. 230.

Eigenmacht. Demgemäß wird durch § 263 St.G.B. auch dasjenige Vermögen geschützt, das der Inhaber rechtswidrig oder strafbar erlangt hat und in dessen Innehabung er von der Privatrechtsordnung nicht geschützt wird.[58]

Das Vermögen läßt sich somit als Inbegriff der jemand im Selbstinteresse tatsächlich zur Verfügung stehenden geldwerten und dem Verkehr zugänglichen Güter, Vermögensvorteil und Vermögensschaden als Zuwachs und Einbuße an solchen Gütern bestimmen. Da somit Vermögensvorteil und Vermögensschaden nicht notwendigerweise in einer Rechtsänderung bestehen müssen, steht nichts im Wege, in Fällen, wo die Vermögensumgestaltung nur tatsächliche Bedeutung hat, für die Vermögensverfügung des Getäuschten, der nicht zugleich auch der Geschädigte ist, eine nur tatsächliche Verfügungsgewalt ausreichen zu lassen. Wo dagegen der Vermögensschaden in einem Rechtsschaden und der erstrebte Vermögensvorteil in einem Zuwachs von Vermögensrechten besteht, wie dies z. B. der Fall ist, wenn der Täter den Getäuschten zur Uebernahme einer Verpflichtung für den Vermögensherrn bestimmt oder ihn veranlaßt, für diesen Rechte zugunsten des Täters oder des Dritten, für dessen Belange dieser handelt, aufzugeben, kann nur ein Berechtigter als Verfügender in Frage kommen, da die Verfügung eines Nichtberechtigten ohne jede Wirksamkeit wäre.

§ 4.

Das Verhältnis von Vermögensvorteil zu Vermögensschaden.

Merkel[1] wendet sich gegen Subsumption von Fällen unter den Betrugstatbestand, in denen der Benachteiligte und der Getäuschte nicht einunddieselbe Person sind und auch nicht in einem Rechtsverhältnis zueinander stehen, vermöge dessen der Getäuschte über gewisse Vermögensstücke des Verletzten disponieren kann, mit der Begründung, daß in diesen Fällen die Täuschung des einen zwar die Beschädigung des anderen zur Folge haben und damit auch für den Täuschenden indirekt einen Vorteil herbeiführen könne, daß dieser Vorteil jedoch nicht mit dem Nachteil des Geschädigten identisch sein würde, wie dies für den Betrug zu fordern sei. Gewinn und Nachteil würden sich dann nicht, wie beim Betruge erforderlich, als

58) ebenso Olshausen § 263 Nr. 18 C, R.G.St. 44. 232, 248; L.Z. 15 (1921) 722, 16. (1922) 367.
1) Merkel Abh. II S. 203.

verschiedene Seiten desselben verbrecherischen Effektes darstellen.

Als Beispiel führt Merkel folgenden Fall an: Die Nähterin A verbreitet den Glauben, daß ihre Konkurrentinnen Hexen seien, um ihnen ihre Kundinnen zu entfremden.

Die Verleumderin habe hier einen Vorteil erlangt, allein nicht aus dem Vermögen der benachteiligten Konkurrentinnen, sondern aus dem der getäuschten Kunden.

Die Prüfung des Einwandes, daß bei mangelnder Vertretungsbefugnis des Getäuschten, der die Vermögensverfügung vornehme, Vermögensvorteil und Vermögensschaden niemals identisch sein könnten, führt zur Untersuchung der Fragen, ob die Anwendbarkeit von § 263 St.G.B. eine solche Identität erheischt und welchen Einfluß der Mangel absoluter Identität der getäuschten und der geschädigten Person auf das Verhältnis von Vermögensschaden und Vermögensvorteil hat.

Nach dem Wortlaut des § 263 St.G.B. genügt es nicht, daß der Täter, der durch die Täuschung den Vermögensschaden eines anderen herbeiführt, durch sein Vorgehen schlechthin die Erlangung eines Vermögensvorteils erstrebt. Der Vermögensvorteil, den der Täter im Auge hat, muß vielmehr ein rechtswidriger sein. Es liegt bereits im Wortsinne des Wortes „rechtswidriger Vermögensvorteil", daß damit kein Vermögensvorteil gemeint ist, dessen Erlangung der Täter rechtlich beanspruchen darf. Darüber hinaus sagt der Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils aber auch, daß es sich nicht lediglich um einen Vermögensvorteil handeln darf, auf den der Täter keinen Rechtsanspruch hat. Es ist etwas anderes, ob ein Vermögensvorteil gegen das Recht, also contra ius, oder ohne Recht, also praeter ius erlangt wird.[2] Der Eigentumsübergang, der sich in rechtlich unanfechtbarer Weise vollzieht, begründet keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn auch vielleicht die Hingabe des Vermögensstückes ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. So hat die Hingabe eines Hurenlohnes gemäß § 817, Satz 2 B.G.B. vor dem Rechte Bestand, obwohl auf ihn kein Rechtsanspruch besteht. Ebensowenig ist der Vermögensvorteil rechtswidrig, den jemand für die Begehung eines Verbrechens erhält, weil die Bereicherung dem wahren Willen des Gebers ent-

2) Richtig Olshausen § 263 Nr. 45 gegen R.G.St. 1. 318, 3. 429, 4. 279, 5. 352, 11. 155, betr. § 253 St.G.B. R.G.St. 26. 353, 44. 203.

spricht, der Vermögensschaden sich also nicht wider das Recht vollzieht.

Da die Rechtswidrigkeit somit nicht in einem fehlenden Rechtsanspruch begründet sein kann, andererseits es aber auch nicht erforderlich ist, daß die Rechtswidrigkeit dem Vermögensvorteil als solchem anhaften muß, wie Rubo[3] fordert, wenn er verlangt, daß „ein an sich absolut und objektiv rechtswidriger Vermögensvorteil angestrebt sein müsse", so kann die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nur darin liegen, daß das Objekt, das nicht Gegenstand eines dem Täter zustehenden Rechtsanspruchs ist, dem Vermögen eines anderen in rechtswidriger, d. h. den Grundsätzen des Privatrechts widersprechender Weise entzogen wird. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Vermögenswerte, die der Täter für sich oder einen Dritten erstrebt, dem Vermögen des Verletzten entstammen.[4]

Nicht begründet liegt dagegen im Wesen des rechtswidrigen Vermögensvorteils, daß die Objekte von Schaden und Gewinn identisch sein müssen. Mit Recht weist Frank[5] darauf hin, daß auch derjenige Vermögenswerte aus der Schädigung fremden Vermögens herleite, der sich durch Täuschung eine erst neu begründete Dienstbarkeit auf dem Grundstück eines anderen bestellen oder einen falschen Erbschein aushändigen lasse, obwohl das entzogene Vermögen noch nicht in dieser Form in dem geschädigten Vermögen enthalten gewesen sei.

Die Anerkennung der Notwendigkeit, daß sich der Vermögensvorteil, dessen Erlangung der Täter anstrebt, aus dem durch die Täuschung geschädigten Vermögen herleiten müsse, rechtfertigt jedoch nicht ohne weiteres den von Merkel daraus gezogenen Schluß, daß bei der Vermögensdisposition eines Verfügenden ohne rechtliche Verfügungsgewalt ein in etwa für den Täuschenden entstehender Vermögensvorteil niemals dem Vermögen des Geschädigten entstammen könne.

Dieses Bedenken wäre gerechtfertigt, wenn § 263 St.G.B. die rechtswirksame Uebertragung von Vermögensrechten voraussetzen würde, da in diesem Falle der Eintritt einer rechtlichen Aenderung seine Ursache in einem außerhalb des eigentlichen Delikts-Tatbestandes liegendem Umstande haben müßte, weil die Verfügung eines Nichtberechtigten grundsätzlich zu

3) Rubo § 263 Nr. 4.
4) So Frank § 263 VII 3, Merkel Abh. II S. 118, derselbe H.H. 3 S. 373; Hälschner II S. 273, 283, Schwartz § 263 Nr. 8.
5) Frank a. a. O.

einer Umgestaltung der Rechtslage nicht geeignet ist. Läßt man jedoch als Vermögensschaden und Vermögensvorteil auch eine nur wirtschaftliche Einbuße und eine nur wirtschaftliche Bereicherung gelten, so ist die Annahme unbedenklich, daß auch ein Nichtberechtigter imstande ist, den Uebergang von Vermögenswerten aus dem Vermögen des Geschädigten in dasjenige des Täters herbeizuführen. So entspricht in dem angeführten Beispiel der für die Verleumderin durch die Vergrößerung ihres Kundenkreises entstehende Vermögensvorteil genau dem Vermögensschaden, den die verleumdeten Näherinnen durch den Verlust ihrer Kundschaft erleiden.

§ 5.

Die Täuschungshandlung als Haupthandlung beim strafbaren Betruge.

Die Notwendigkeit einer möglichst scharfen Abgrenzung des Tatbestandes des Betruges von den Tatbeständen anderer Delikte, bei denen irgendwie eine Täuschung mitwirkt, erheischt, daß die betrügerische Handlung geeignet sein muß, den Vermögensschaden unmittelbar, also ohne das Hinzutreten einer weiteren Handlung des Täters, herbeizuführen.

Auf diesem richtigen Grundgedanken fußend zieht Merkel[1] folgende Schlüsse:

Der verbrecherische Akt müsse auf Zueignung des fremden Vermögensobjektes gerichtet sein,[2] die Täuschungshandlung müsse daher eine Handlung des Getäuschten veranlassen, durch welche der Gegenstand des Verbrechens unmittelbar in die Herrschaft des Betrügers übertragen werde. Dies sei aber dann nicht der Fall, wenn der Getäuschte nur etwa die Detention, nicht aber das Eigentum habe übertragen wollen, da hier mangels einer rechtswirksamen Zueignung des Objektes durch die Handlung des Getäuschten zu der Detentionsübertragung notwendig ein weiterer, eigenmächtiger Akt des Täters hinzutreten müsse, um den angegriffenen Gegenstand dem Täter zuzueignen. In diesem eigenmächtigen Akte, nicht aber in der nur vorbereitenden Täuschungshandlung, liege das charakteristische kausale Moment, und derjenige Verbrechensangriff sei zur Anwen-

1) Merkel Abh. II S. 195, ähnlich Binding Lb. 1 S. 354, ders. Normen II S. 1077.
2) Merkel a. a. O. S. 115.

dung zu bringen, unter welchen dieser charakteristische Akt falle.

Die gleiche Erwägung, die Merkel hier hinsichtlich des Falles anstellt, daß der Getäuschte dem Täter das Vermögensobjekt nicht rechtswirksam zueignen wollte, hat auch hinsichtlich des Falles zu gelten, wo der Getäuschte mangels einer rechtlichen Verfügungsgewalt dem Täter oder dem Dritten, für welchen dieser tätig wurde, die rechtliche Herrschaftsgewalt nicht übertragen konnte.

Die Forderung, daß § 263 St.G.B. als Vermögensvorteil die rechtswirksame Zueignung eines Vermögensobjektes erheische, ist jedoch nach den vorgehenden Erörterungen nicht begründet. Da nach diesen möglicherweise schon in der Verschaffung der Detention für den Täter ein Vermögensvorteil liegt, kann der Tatbestand des § 263 St.G.B. bereits in diesem Augenblicke erfüllt sein, ohne daß es zur Vermögensbeschädigung und zur Erlangung eines Vermögensvorteils des Hinzutretens einer Zueignungshandlung des Täters bedürfte. Eine solche der Besitzerlangung nachfolgende Zueignungshandlung wäre vielmehr ohne strafrechtliche Bedeutung, da sie nicht imstande wäre, den einmal festgestellten Charakter einer strafbaren Handlung maßgebend zu beeinflussen.[3]

Olshausen[4] sieht den Grund dafür, daß der Betrug, durch den der Täter sich erst den Besitz der Sache verschafft hat, für die strafrechtliche Betrachtung das allein maßgebliche Delikt und eine Erörterung unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung überhaupt nicht mehr am Platze sei, darin, daß der Täter im Betruge bereits seinen Vorsatz verwirklicht habe und sein Wille sich nicht nochmals auf Zueignung der in seinem Besitz verbliebenen Sache richten könne.

§ 6.

Die Bedeutung der Einwirkung auf den Willen einer Person beim Betruge für die Frage der Notwendigkeit der Identität der getäuschten und der geschädigten Person.

Ebenso wie Binding und Merkel, jedoch von einer anderen Voraussetzung ausgehend, hält auch Hegler[1] relative Identität der getäuschten und der geschädigten Person für die Anwend-

3) R.G.St. 15. 426.
4) Olshausen § 263 Nr. 56 II β.
1) Hegler V.D.B. 7, S .430.

barkeit des § 263 St.G.B. für erforderlich und zwar sieht er den Grund hierfür darin, daß nur so das charakteristische Merkmal des Betruges zutreffe, daß der Betrüger auf eine schädigende Vermögensverfügung unter Mißbrauch des Willens des Betroffenen bei äußerlicher, scheinbarer Respektierung dieses Willens ausgehe. Der Geschädigte müsse daher durch den Getäuschten repräsentiert, im Willen vertreten werden. Dies sei aber nur möglich, wenn zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten ein Vertretungsverhältnis bestehe.

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob im Gebiete des Strafrechts überhaupt von einer Vertretung im Willen die Rede sein kann. Wollte man mit Hegler annehmen, daß es der Wille gerade des Verletzten sein müsse, den sich der Betrüger zunutze macht, so könnte von einer tatsächlichen Willensverletzung auch da keine Rede sein, wo der Getäuschte rechtlich imstande ist, über Vermögensobjekte des Verletzten zu verfügen, da dieser im Falle der Täuschung des verfügungsberechtigten Vertreters wohl meist von dem Vorgang der Täuschungshandlung nichts weiß und auch infolgedessen keinen bestimmten Willen hat, der verletzt werden könnte.

Es wäre aber überhaupt erst zu beweisen, daß es auf den Willen des Geschädigten beim Betruge maßgeblich ankommt. Hegler geht hierbei von einer Voraussetzung aus, die erst bewiesen werden müßte. Der Wortlaut des § 263 St.G.B. gibt jedenfalls dafür keinen unmittelbaren Anhalt.[2]

§ 7.

Das Verhältnis zwischen Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft.

Der Mangel rechtlicher Vertretungsgewalt des Getäuschten gegenüber dem Geschädigten steht somit der Anwendbarkeit des § 263 St.G.B. nicht entgegen. Daraus folgt aber nicht, daß jede beliebige Person geeignet ist, die zur Vollendung des Deliktes erforderliche Vermögensdisposition vorzunehmen. Da diese den Vermögensschaden unmittelbar herbeiführen muß, ist notwendig, daß der Getäuschte über den angegriffenen Gegenstand mindestens die tatsächliche Gewalt besitzt.

Ob dazu eine bloße Erreichbarkeit des betreffenden Vermögensobjektes genügt, oder ob ein räumliches Nahverhältnis

2) Vgl. oben S. 4/5.

des Getäuschten zur Sache erforderlich ist, ist bestritten. Die Streitfrage gewinnt insbesondere in dem vielbesprochenen Falle Bedeutung, daß jemand eine fremde, aber ihm zugängliche Sache einem gutgläubigen Dritten veräußert und zur Abholung überweist. Während ein Teil der Schriftsteller, die sich mit dieser Frage beschäftigen, wegen Diebstahls bestrafen will,[1] hält der andere Teil die Annahme eines Eigentumsverbrechens für ausgeschlossen und neigte der Bestrafung wegen Betruges zu.[2]

Eine Bestrafung wegen Betruges ist jedoch nicht möglich, weil es an dem, wenn auch ungeschriebenen, so doch wesentlichen Merkmal der Vermögensverfügung fehlt. Wie bereits hervorgehoben wurde,[3] setzt nämlich die Verfügungsgewalt als Ausfluß der Herrschaft einer Person über eine Sache voraus, daß der Verfügende imstande ist, nach Belieben mit ihr zu verfahren. Eine solche Herrschaftsgewalt ist aber dann nicht vorhanden, wenn der Getäuschte sich erst aufgrund der Täuschung zu einer Sache, zu der er bisher in keinem Verhältnis gestanden hat, in Beziehungen setzt.

Dagegen steht nichts im Wege, in dem angeführten Falle § 242 St.G.B. in Anwendung zu bringen. Insbesondere hindert daran nicht, daß der Täter die Sache nicht in seinen eigenen Gewahrsam bringt. Wenn die Wegnahme einer beweglichen Sache im Sinne des § 242 St.G.B. zwar auch regelmäßig durch Gewahrsamsbruch und Gewahrsamsbegründung seitens des Täters bewirkt wird, so erfordert der Begriff des Wegnehmens dies nicht unbedingt.[4] Das „Wegnehmen" darf nicht losgelöst von der Zueignungshandlung betrachtet werden, sondern bildet das Mittel der beabsichtigten Zueignung, durch welche die Sache ihrem Sachwerte nach dem Vermögen des Wegnehmenden zugeführt werden soll. Unter der Absicht rechtswidriger Zueignung ist aber die Absicht zu verstehen, „eine bewegliche Sache wirtschaftlich in ein dem Inhalte dieser rechtlichen Beziehung entsprechendes Verhältnis zu bringen, d. h. ihrem Sach-Substanzwerte nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen."[5]

1) z. B. Schütze S. 472 Anm. 10. Binding Lb. 1 S. 278; Harburger V.D.B. 6 S. 207; Schwartz § 242 Nr. 7; Merkel H.H. 3, S. 643; Olshausen 11. Aufl. § 242 Nr. 24 b; neuerdings auch Frank § 242 VI 2; ebenso R.G.St. 40. 10, 47. 149, 48. 58, 57. 168.

2) z. B. Oppenhoff-Delius § 242 Nr. 42, Hälschner II S. 288; Olshausen 10. Aufl. § 242 Nr. 24; Ebermayer § 242 Nr. 5; ebenso R.G.St. 11. 239, 21. 110.

3) Vgl. oben S. 8.

4) Vgl. R.G.St. 47. 147 (149), 48. 58; Olshausen § 263 Nr. 24 b, abw. 10. Aufl. a. a. O.

Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen. Der gleiche Erfolg ist ebensowohl dadurch zu erreichen, daß der Zueignende zunächst den eigenen Gewahrsam erwirkt, um ihn sofort weiterzugeben, wie auch dadurch, daß er einen anderen veranlaßt, den Gewahrsam unmittelbar zu ergreifen. Mit Recht führt das Reichsgericht[6] hierzu aus, daß es für eine verschiedenartige Beurteilung der Handlungsweise des Täters, je nachdem er die Zueignungsabsicht in der einen oder in der anderen Art verwirklicht habe, an einem ausreichenden gesetzgeberischen Grunde fehle. Die strafrechtliche Würdigung könne nicht durch bedeutungslose Nebenumstände beeinflußt werden, in denen die beiden erwähnten Formen der Zueignung äußerlich voneinander abwichen.

Mit der Bejahung der Anwendbarkeit des § 242 St.G.B. scheidet aber auch aus diesem Grunde jede Möglichkeit aus, § 263 St.G.B. in Anwendung zu bringen, da die beiden Delikte einander begrifflich ausschließen.

Mit dem Ausschluß der oben erwähnten Fälle aus dem Anwendungsbereiche des § 263 St.G.B. wird die Möglichkeit der Anwendung der Betrugsstrafbestimmung in Fällen, in denen Getäuschter und Geschädigter verschiedene Personen sind und der Getäuschte nicht befugt ist, für den Geschädigten mit rechtlicher Wirksamkeit zu handeln, zwar eingeengt, jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen, da darüber hinaus noch zahlreiche Fälle denkbar sind, in denen die hier angeschnittene Streitfrage, welcher Delikts-Tatbestand in Anwendung zu bringen ist, garnicht in Betracht kommt, weil das für die Vermögensverfügung geforderte tatsächliche Herrschaftsverhältnis außer jedem Zweifel steht.

5) R.G.St. 40. 10 (12).
6) R.G.St. 48. 58.

Lebenslauf.

Am 9. Februar 1904 bin ich als Sohn des Stellv. Berufsschuldirektors Franz Schindler und seiner Ehefrau Helene geb. Heer in Beuthen O/S geboren. Ich bin kath. Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule trat ich in das Staatliche Hindenburg-Gymnasium zu Beuthen O/S ein, wo ich im Februar 1923 die Reifeprüfung bestand. Darauf widmete ich mich in den Jahren 1923 bis 1926 an den Universitäten in Würzburg, Berlin und Breslau dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaft und legte am 20. und 21. Mai 1927 die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 27. Juni 1927 bestand ich das mündliche Doktor-Examen.

Zurzeit bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht in Beuthen O/S als Referendar beschäftigt.